✠

POR

DOÑA CATALINA GOmez de Sandoual Duquesa de Pastrana, y doña Leonor Gomez de Sandoual su hija.

CON

El Duque del Infantado, y don Rodrigo Gomez de Sandoual Conde de Saldaña su hijo mayor, y don Iuan de Sandoual su hijo segundo, difunto, y Diego Gomez de Sandoual Comendador mayor de Calatraua.

EN RESPVESTA DE SVS INFORMACIONES.

SOBRE.

La Tenuta, y possession del mayorazgo de 15U. ducados de renta, que fundò el señor Cardenal Duque de Lerma, en Diego Gomez de Sandoual su hijo segundo, Conde de Saldaña.

QVATRO Informaciones se han escrito contra la Duquesa de Pastrana, y su hija, a todas se responderà en este papel, empeçando por la del Comendador mayor.

Respuesta al Comendador mayor.

¶ Dizen sus Abogados, que obstan a la Duquesa lo que han escrito contra la Marquesa de Tarifa, y otros dos fundamentos. El primero, es ser hija tercera, y assi no comprehendida en el llamamiento del hijo segundo del matrimonio del Conde, y la Condesa de Saldaña, y que la sucession se ha de deferir aora por aquellas palabras:

bras: *Y en falta del y dellos, los demas hijos y decendientes legitimos del dicho Diego Gomez de Sandoual*, ita ex *num. 97. vsque ad* 109.

3 La prelacion de la Marquesa se ha defendido en sus informaciones, y este fundamento, que nueuamente se ha mouido contra la Duquesa tiene muy facil respuesta: porque en los mayorazgos, y en las demas disposiciones sucessiuas, el llamamiento del hijo primogenito, es perpetuo, y se deriua en sus sucessores, *Fussar. de substit. quæst.* 390. *ex nu.* 2. y es conclusion de *Molin. lib. 1. cap. 5. nu. 20. & 21.* donde añade: *Quod nedum vbi progenitis familiæ fideicommissum relinquitur, verum est, sed etiam quando filio primogenito ex ipsa familia in numero singulari indefinite prefertur, procedit*: y a falta dellos se subroga el hijo segundo, ora aya sucedido el primero, ò muerto antes de suceder, como se notò en el *nu. 9. de nuestra informacion*: y lo defienden *Dominus Valençuel. cons. 69. ex n. 8. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 1. per totum, Riminald. cons. 544. ex nu. 67. Surd. cons. 494.* y es tambien conclusion de *Molin. d. cap. 5. nu. 20.* ibi: *Hæc enim primogenituræ qualitas numquam morietur, imo in infinitum procedit, cum deficiente primogenito secundogenitus illico primogeniti locum, ac dominationẽ accipiat*: y en el *c. 6. n. 43.* ibi: *Cũ enim eorũ natura perpetua sit, nec in primo actu successionis cõsumatur, consequens est, vt in eis dubitari non valeat, quin mortuo primogenito, siue ante delatam successionem, siue post secundogenitus in eius locum subintret*, notat vtrobique *Additionator*: y se comprueua en el *cap. licet, de voto, cap. grandi, de supplenda negligencia prælatorum, lib. 6.* donde el Reyno adquirido por el hijo mayor, passa en el segundo por muerte, ò por priuacion. Y en estos mismos terminos escriuen *Ripa in rubr. de secundis nuptijs, nu. 14. & Resp. 131. ex nu. 14. Alciat. Resp. 109. lib. 9.* y otros Autores, apud *Additionatorem Molin. d. c. 5, nu. 20. vers. Ex quibus.* Porque presuponen, que el hijo segundo sucedio en el mayorazgo, ò fideicomisso instituydo para los segundogenitos. Y resueluen, que si por muerte de su hermano mayor sucede en la primogenitura, se à de trasferir su fideicomisso, ò mayorazgo al tercero. De modo, que si la Marquesa de Tarifa huuiera sucedido por muerte del Duque del Infantado en aquella Casa, passarà este mayorazgo a la Duquesa, que fuera para hija segunda, como la Marquesa hija primera para el del Infantado: y assi aora por su muerte ha de hazer el mismo transito la sucesion.

4 Las razones, y autoridades que se alegan en contrario, presuponen vna sucesion temporal: y aun entonces la mas comun resolucion es, que el segundo se subroga en lugar del primero, como consta de *Tiraquel. de primog. quæst. 3.* pero en las sucessiones perpetuas, siempre tiene lugar esta subrogacion, y de la manera, que en los mayorazgos ordinarios, *primogenitura numquam moritur*, tampoco ha de faltar la segundagenitura en los que se fundaron para los hijos segundos: y assi se responde a los *consejos 16. vol. 4. de Tiber. Dec. y 354. vol. 4. de Bursat.* como se dexa entender por las palabras de *Decian.* ibi: *Præcipuè cum iam effectum*

ctum sit sortita primogenitura in personam, Domin. Ludouic. Et ibi: *Secundo cõsidero, quod iste testator vocauit primogenitum, in numero singulari cuius natura est comprehendere vnum tantum, non plures.* De donde auràn de sacar los Abogados contrarios por consequencia, que llamado el primogenito, se acabarà el mayorazgo en la primera sucesion, que es el mayor absurdo, que pudiera imaginarse en la materia; demas de que estos consejos estàn reprouados por *Surd. cons. 494. Castill. d. cap. 93. §. 1. nu. 69.* Y si se leen con muy moderada atencion, se hallarà que no ay en ellos numero que no sea contra los mas ciertos principios de los mayorazgos de España, en que se reconoce quan perniciosamente yerra, quiẽ para su inteligencia se vale de los Autores estrangeros; como lo aduirtiò muy bien *Mier. in initio. 1. p. nu. 3.* Y aunque en los *numeros 100. y 102.* alegan los Abogados contrarios a *Molin. lib. 1. cap. 5. nu. 20. & nu. 22.* Y dizen por su autoridad propia. *Quod sic accipiendus est*, no pudieran hallar otros lugares, que les hizieran mayor resistencia, porque son opuestos en las conclusiones, y en la formalidad de las palabras, a los *consejos de Decian. y Bursat.*

5 A que se añade, que no se llamò el hijo segundo por afecto particular a la Marquesa de Tarifa, que no era nacida entonces; circunstancia que considerò *Molin. lib. 1. cap. 5. nu. 21.* para estender los llamamiẽtos. El motiuo fue, que como el mayorazgo se fundaua, para que tuuiesse efeto aquel matrimonio, y el hijo mayor auia de ser Duque del Infantado, pareciò conueniẽte, que el segundo se acomodasse con estos 15U. ducados de renta, constituyendole por cabeça de la sucessiõ; y en falta del, y de sus decendientes, se llamaron los demas hijos del Conde, y en la escritura de fundacion se añadiò: *Del dicho, y otro qualquier matrimonio*, proueyẽdo desta manera a lo que pedian, la causa honerosa del contrato matrimonial; la memoria de los fundadores, y la perpetuydad del mayorazgo, como se notò en el *nu. 64. de la primera informacion de la Marquesa de Tarifa.* Y assi aunque por la escritura de fundaciõ, ò por las capitulaciones estèn llamados todos los hijos del Cõde, no se dà la prelacion, por la calidad de hijos suyos, sino por la de hijos de aquel matrimonio: y por ella se prefiriò la Marquesa al Comendador mayor, y se le ha de preferir la Duquesa de Pastrana, en quien concurren las mismas circunstãcias, y supuesta la prelacion de la Marquesa, tiene por si todas las reglas comunes.

6 Lo vno, porque no se ha de hazer transito a persona de otra calidad, quando ay quien tenga la misma por donde sucediò el antecessor, *arg. Authent. cessante, Authẽt. post fratres, C. de legitimis hæredibus.* Y causara grande disonancia, que la Marquesa excluyera al Comendador mayor, y el Comendador mayor a la Duquesa. Lo segundo, porque se le pueden aplicar las palabras del *c. 1. de natura success. feud.* ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit:* pues si bien sea el Comendador

dador mayor de la misma linea, respeto del Conde, no lo es respeto de la Condesa, a cuya decendencia se concediò la prelacion. Lo tercero, porque sin el llamamiento del hijo segundo de aquel matrimonio, tiene la Duquesa la causa honerosa del, por donde auia de ser preferida, como se ha prouado en las informaciones de la Marquesa. Lo quarto, porque siendo el mayorazgo vna disposicion perpetua, y auiendo tan precisas razones para fundarle en el hijo segundo, y quitando de su lugar al hijo mayor por Duque del Infantado, no es de creer, que los contrayentes quisiessen satisfazer a la causa honerosa, con vn llamamiento personal en la Marquesa de Tarifa, y siempre se ha de tomar la interpretacion mas conforme a la sugeta materia, y mas vtil a todos los interessados, como se prouò en el *nu.* de la *segunda informacion de la Marquesa*. Y este inconueniente es mucho mas considerable, quando los Abogados contrarios quieren, que con la possession legal que se transfirio en la Marquesa, queden todos los decendientes de aquel matrimonio defraudados, sin auerse reduzido a possession actual, por la instrucion injusta del Comendador mayor.

7 Esto mismo se declarò en aquellas palabras de la escritura de fundacion: *Del dicho, y otro qualquier matrimonio*, que denotan la prelacion de vnos decendientes, respeto de otros, como se aduirtiò en el *nu.* 67. *de la primera informacion de la Marquesa*: y se prueua singularmente en la *l. cum pater, §. à te pete, ff. de legat.* 2. en cuya especie dixo el testador: *Si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis, siue meis propinquis, aut etiam libertis nostris*. Y atendiendo a que regularmente auia de ser mayor el afecto, respeto de los parientes propios, y à que la formula era alternatiua, *tuis, siue meis propinquis*, parecia que al heredero se le daua facultad de elegir; y sin embargo dize el Iurisconsulto: *Non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni*. Respondo: Luego con mayor razon se ha de guardar esta orden, donde las palabras no son alternatiuas; y ay tantas causas de justicia y equidad para preferir a todos los hijos del primer matrimonio. Y de aqui es, que no puede el Comendador mayor hazer fundamẽto sobre estas palabras, porque solo denotan la inclusion general de todos los hijos del Conde, pero subordinada a la distincion de los matrimonios, y al llamamiento del hijo segundo.

8 El otro fundamẽto con q̃ pretendẽ excluir a la Duquesa, es la incõpatibilidad entre este mayorazgo, y la Casa de Pastrana, por el grauamẽ de armas y apellido: y la prueuan desde el *nu.* 111. *hasta* 121. con la põderacion de las clausulas de ambas fundaciones, pero todo lo que dizen se reduze a las dotrinas generales, que no tienen lugar en este caso, y mucho menos en este juizio, porque el grauamen se puso en fuerça de modo, y no se pudo conuertir en condicion, y comprehende a las possedoras, que se casaren, y no a las hembras que sucedieren des-

pues

pues de casadas, es impeditiuo del matrimonio, y la pena de la priuacion no ha de platicarse contra la Duquesa, por la contrauencion del Duque su marido, y el articulo no es del conocimiento de las Tenutas, como se prouò en nuestra informacion: y siendo estos los puntos indiuiduales del pleyto, vendrà a parar la dificultad en examinar, como responden a ellos los Abogados contrarios.

9 Dizen, que el fundador declarò, que todas las clausulas auian de tener fuerça de verdaderas condiciones, y que no llamaua sino a los que las cumpliessen: y de aqui infieren, que el grauamen es condicional, y suspende la adquisicion, ita ex *nu.* 121. *vsque ad* 132.

10 Todos estos discursos se hazen sobre las clausulas de la escritura de fundacion, y se responde a ellos solo con reparar, que no pudieron conuertir el modo en condicion, como se prouò en *nuestra informacion, desde el num.* 59. Y aunque nos pudieramos contentar con esta respuesta; añadimos, que tambien la clausula de la fundacion es modal. Lo primero, porque se impuso a los *sucessores, y posseedores*, como se prouò, *vbi proximè num.* 56. Y aunque en el *num.* 132. *de la informacion contraria* se dize, que la palabra, *sucessor, y suceder*, no importa sucesion actual, y que se ha de interpretar conforme a la sugeta materia, es cierto, que significa la sucesion adquirida, y junta cõ la palabra *posseedores*, no admite otro sentido, vt in *dicta allegat. num.* 15. Lo segundo, en el termino de los treynta dias despues del requerimiento, se le permite elegir al sucessor y posseedor, y esta eleccion presupone ya adquiridos ambos mayorazgos, como se prouò en *nuestra informacion num.* 16. Y si no huuiere quien le haga requerimiento, podrà continuar la possession por discurso de muchos años, y este es el caso mas propio del pleyto, y lo mismo explicò la clausula, diziendo, que *passe la sucession, y possession en el siguiente llamado*. Luego auia passado antes en el que se supone no cumplio con el grauamen, y assi no se darà palabra alguna, que impida el aprehender la possession actual, porque aquellas palabras, *si los sucessores deste mayorazgo, antes de entrar en la possession del, &c.* no la suspenden, sino dizen, que si antes ò despues della tuuieren otro mayorazgo elijan el vno, y quando ordena la eleccion los llama sucessores deste mayorazgo, y no les señala el termino desde la vacante, sino desde el requirimiento. De donde resulta, que el grauamen es modal, y la que se llama condicion es resolutiua, y no suspensiua: y con ella se compadece el dezir el fundador, que tenga fuerça de verdadera condicion; pues la que resuelue tambien lo es, a que atendiò el fundador, quando declarò, que no llamaua à quien no la cumpliesse, como lo explicò muy bien *Molin. de iustitia & iure, disp.* 611. *nu.* 2. Y quando huuiera cõtradicion entre estas clausulas, se auia de estar a la que es mas especial, como se notò en el *num.* 56. *de nuestra informacion.*

11 Aunque concediessemos, que esta clausula contiene grauamen con

dicional; y que se ha de determinar por ella el pleyto, aun quedã otras consideraciones con que vencer al Comendador mayor, propuestas en los *numeros 57. y 58. y 63. con los siguientes de nuestra informacion*, à que no responden sus Abogados.

12 Desde el *num.* 133. dizen, que supuesta la obligacion del Duque, y el requerimiento que se le hizo, luego passò el mayorazgo en el siguiẽte llamado, sin que sea necessaria sentẽcia declaratoria, por auerse declarado el fundador, y porque se puede este punto determinar en juizio de Teuuta, ita vsque *ad num.* 140.

13 Este discurso es consequencia de los antecedentes: y assi tiene las mismas respuestas, porque no pudo ponerse el grauamen en forma mas precisa, ni se puso como condicion suspensiua. A que se añaden otras tres respuestas, con que tambien se desvanece la oposicion. La primera es, que el Comendador mayor no concede a la Duquesa el derecho de suceder en esta vacante; y en consequencia no puede pretender, que la obstan el grauamen, o el requerimiento: porque la incõpatibilidad se induze en los derechos seguros, y pacificos, no en los que estàn inciertos y litigiosos, como se prouò en los *numeros* 16. *y* 17. *de nuestra informacion*: y las clausulas tambien hazen presupuesto de que el mayorazgo se ha deferido, y se possee sin cõtrouersia; y las palabras: *Despues que se le defiera la possession*, significan facultad libre de acetarla y ocuparla, *l. delata, ff. de verborum signification.* y lo notaron los Abogados contrarios en el *nu.* 136. y las otras palabras, *possedores, y successores*, añaden la adquisicion perfeta, como se prouò en el *num.* 10. y se confirma, aduirtiendo, que si el Duque cumpliera el grauamen, quando se le hizo la notificacion, huuiera hecho vn acto perjudicial, e inutil: porque le replicara el Comendador mayor, que aun le quedauan por vencer las primeras oposiciones, y que por ellas no podia entrar en la possession: y assi estos conceptos tienen manifiesta repugnancia cõsigo mismos, y con la razon y dictamen natural, pues no ha de auenturarse el Duque a dexar su Casa por la eleccion, quando su muger puede perder este mayorazgo por el pleyto, ni se ha de querer, que vna patibilidad injusta, ò sobre modo rigurosa, se introduzga sobre derechos litigiosos, como se prouò en el *nu.* 17. *de nuestra informacion.*

14 La segunda respuesta es, que en el juizio de Tenuta no se puede tratar de la contrauẽcion, ò incõpatibilidad, como se prouò en los *numeros* 47. *y* 48. *de nuestra informacion*, con razones muy eficaces, y muy propias del pleyto: a que se añade. Lo vno, que la possession de la *l.* 45. *de Toro*, no puede impedirse por los fundadores, como lo resoluiò *Paz de Tenuta cap.* 48. *ex num.* 28. y en consequencia tampoco se impedirà el remedio de la Tenuta. Lo segundo, que esta possession no se adquiere por aprehension Real, sino por medio ciuil, y fingido, *Molin. lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 19. *Paz de Tenuta cap.* 8. *num.* 3. Y assi no la puede

de introduzir el fundador, aũque ordena que passe al siguiente en grado, ex vulgari doctrina *Bart. in l. si is qui pro emptore*, y a la verdad, aun la misma ley, no transsiere la possesion, sino los efectos della: y esto es lo q̃ se llama possesion ciuil y natural, como explicò ingeniosamẽte *Osuald. ad Donel. lib. 5. c. 8. lit. A.* ibi: *Efficitur quidẽ fictionibus huiusmodi, nõ, vt idem sit, verè quod fingitur, sed vt ijdem sint iuris effectus, qui futuri, si verè esset, vnde vulgo, fictionem tantundem operari, quantum veritas, ita hic dixerim sanè illa cõsuetudine, non effectum, vt hæres res defuncti, etiam ignorans forte verè possideat, sed, vt ad quoscunque iuris effectus pro possidente habeatur*, y assi no percibimos de que manera le pareciò a *Mier. part. 3. quæstion. 9. num. 134.* que podia estenderse esta possesion por voluntad de los fundadores.

15 Demas de que no se aplica a estos terminos la forma que dan las leyes del Reyno para platicar la *ley 45.* ni vn juizio tan irregular, donde ay sola vna instancia con terminos muy sumarios, ha de traerse del caso cierto de la muerte al incierto y litigioso de la contrauencion, ò incompatibilidad, porque seria vna estẽsion en materia penal, odiosa, y correctoria contra las resoluciones comunes, in *l. si constante, ff. solut. matrimon. & in Authent. quas actiones, C. de sacrosantis eccles.* particularmente quando la Duquesa dize, que en las capitulaciones, y en la fundacion, es modal el grauamẽ. Que no se pudiera conuertir en condiciõ. Que no comprehendiò el caso de su matrimonio. Que no ha de perder el mayorazgo por contrauẽcion del Duque. Y que no se ha de tratar de la incompatibilidad, hasta que sea pacifica posseedora en possession y propiedad: porq̃ con estas dificultades no puede ser cierta la vacante por contrauencion, ò incompatibilidad, como lo fuera por la muerte: y assi no pudiera determinarse en juizio de Tenuta, aunque la *l. 45.* admitiera extencion por la semejança de los casos.

16 La tercera respuesta es, que si el mayorazgo ha de passar al siguiente llamado, como dize la clausula, y lo reconocen los Abogados contrarios en el *num. 133.* sucederà doña Leonor de Sandoual hija de la Duquesa; pues si bien no era nacida quãdo la Marquesa de Tarifa muriò, estaua engendrada quando dizen que el Duque contrauino al grauamen, despues del requerimiento, y por la misma razon que sea condicional, han de reconocer, que bastò ser ya engendrada en aquel tiẽpo, para que se le transfiriesse la possesion hasta entonces suspendida, como se prouò en el *Arciculo segundo de nuestra informacion*, y assi los mismos discursos de los Abogados contrarios la introduzen a ella, y excluyen al Comendador mayor.

17 Desde el *num. 141.* dizen, que el Duque no està en tiempo de elegir, ò purgar la contrauencion. Que no ha de dexar su casa, y quando la dexe, siempre serà conocido por Duque de Pastrana. Que no le serà licito renũciar estados tanto mayores, y mas preheminẽtes, y q̃ ya ha hecho eleccion dellos, pues requerido no ha tomado el nombre, y armas de Sandoual, ita vsque ad *n. 147.*

Tam-

18 Tambien estas oposiciones se conuencen de todas las respuestas dadas en los numeros antecedentes, y no hazen otra cosa que abrir el camino a la sucessión de doña Leonor. Pero por mostrar con mayor euidencia, quan estraños son los discursos de los Abogados contrarios, se responde a ellos. Lo primero, que el requerimiento fue intempestiuo, pues el Duque no ha de cumplir el grauamen, ni puede acetar el mayorazgo, quando la Duquesa tiene litigioso su llamamiento, como se notò en el *num.* 13. y por la misma razon tampoco puede repudiar, *l. is potest, l. si superstitis, ff. de adquirend. hæreditat. l. si ita scriptum, §. 1. ff. de legat. 2. glos. in l. ex repudiatione, C. de fideicommis. & in l. qui autem, ff. quæ in fraudem*, communiter recepta, vt tradit *Iason in l. legatum, num. 2. C. de legat.* Y estas resoluciones, que son constantes en la incompatibilidad causada en vna persona, mas precisamente se han de platicar dōde la pretension es excluyr a la Duquesa por la contrauencion que atribuyen al Duque.

19 Lo segundo se responde, que el argumento contrario del *num.* 144 quiere reduzir la clausula a tales terminos, que sea impossible cumplir el marido con el grauamen; de la manera que le serà impossible dexar de ser hijo de su padre, ò quitar a los demas este conocimiento. De que se siguirà en consequencia, que las hembras estèn absolutamē te excluidas, y que sea vana la facultad de elegir. Demas de q̄ la clausula no obliga al Duque a que dexe el Titulo de Duque de Pastrana, como consta manifiestamente de aquellas palabras: *Y lo mismo sea, y se guarde en el Titulo, si en algun tiempo le huuiere en este mayorazgo.* Luego la incompatibilidad està entre las armas, y apellidos, hasta que en ambos mayorazgos aya Titulo, y entonces se introduzirà otra nueua incompatibilidad: y assi se acomoda muy bien a nuestro caso la resolucion del *señor Valençuela cons. 69. num. 30. y 31.* que refiriendo a *Aluarado*, dixo, que la incompatibilidad no se ha de executar, quando el vn mayorazgo es de mas preheminencia que el otro: y a la verdad, el señor Cardenal Duque no quiso priuar a sus nietas de la grandeza de que podia gozar por sus maridos, haziendo como hizo presupuesto, de que auia de casar con grandes señores destos Reynos, segun se notò en el *num.* 72. *de nuestra informacion.* Y aqui no se puede dexar de hazer reparo en que el discurso contrario se opone tambien a la autoridad del fundador, pues no auia de pensar que sus nietas auian de tener maridos de tampocas obligaciones, que no tuuiessen mayorazgo, ni apellido, y armas propias que dexar.

20 Reconociendo, que el Duque puede cumplir el grauamen, y que se le dio facultad para ello, no han de notar este hecho de indecente, ni excluir con semejante protexto a la Duquesa. De donde se conoce, quan mal se aplican al caso la *l. Reprehendēda, C. de instit. & substit.* y la *l. Iulianus, ff. si quis omis. causa testamenti.* Porque en la *l. reprehendenda,*

la

la condicion, *si à marito diuerterit*, era *contra bonos mores*, e l cumplimiento della fue torpe. Y lo que pondera el Emperador, es, que se auia de anteponer la concordia del matrimonio, al interes de la herencia: circunstancias contrarias a las deste caso, donde no puede auer interes, antes ay perdida en que el Duque dexe sus armas y apellido, no por vtilidad propia, sino por la de su muger. Y en la *l. Iulianus* se determinò, q̃ el padre auia incurrido en el edicto del Pretor, *si quis omis. causa testamenti*. Porque (como dixo el Iurisconsulto) *filia patri substituitur in casu, non vt arbitrium eligendi relinquatur*, pero en el caso contrario de estar substituido a su hija. Añade, que no incurrirà en la pena del edicto. *Quia nemo filiæ patrem contra votum parentum substituere videtur, sed vt arbitrium eligendi relinquat*: y assi puede ò no puede dexar vna institucion, y acetar otra, si tiene, ò no tiene facultad de elegir; y pues se le concedio al Duque, no puede auer dolo en vsar della: y las otras palabras, *nõ enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso, &c.* significan lo mismo que *omissa propria institutione*, vt explicat *Cuiat. in recitationibus ad Papinian. in eadem lege*. Y como quiera que se entiendan, no es interes propio auenturar su Casa por beneficio de su muger.

21 En suma la incompatibilidad no se introduze hasta la possession pacifica, y pueden suceder muchos accidentes en este medio tiempo, que variò en el estado de las cosas, sin ofensa de la voluntad del fundador: antes con mas precisa, y adequada obseruancia suya, y sobre ser el grauamen, y la priuacion tan irregulares, ò injustos, no se han de adelantar voluntariamẽte, desde aora para entonces, contra las palabras de las clausulas, y las resolucio nes del derecho, como se prouò desde el *num. 19. hasta el num. 22. de nuestra informacion*.

22 Quando concedamos al Comendador mayor, q̃ no le es licito, ni decente al Duque dexar el nombre y armas de su Casa, sucede otro fundamento eficacissimo en su fauor: y es, que no le obligarà el grauamen, como impossible, y se aurà de tener por no puesto à las personas de la calidad y estado del Duque, de que es texto formalissimo la *l. filius, ff. de condit. instit.* ibi: *Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (vt generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.* Y se confirma con lo que escriuieron *D. Valençuel. cons. 69. num. 30. & 31. Marzar. cons. 36. ex num. 2.* Y en estos terminos entendemos, que no solamente tiene la Duquesa la disposicion del derecho, sino la voluntad del fundador, como se notò en el *num. 72. de nuestra informacion*.

23 Desde el *num.* 148. se dize, que no ay diferencia entre las claususulas de las capitulaciones, y de la fundacion. Porque en ambas se ordenò de vna manera la incompatibilidad. Que para ella no importa se ponga el grauamen en fuerça de modo, ò de condicion. Que el señor Cardenal Duque no hizo mas de ex plicar lo que auia ordenado en las capitulaciones. Que en ellas es mas precisa la exclusion de la Duquesa, por mandar se traygan las armas, sin mezcla alguna, y que si el Duque tuuiera intento de cumplir con este precepto, lo huuiera ya hecho: pues para ello no es necessario esperar la possession, ni hazer diferencia de la condicion al modo, ita vsque ad *nu.* 152.

24 No tienen menos estrañeza estas proposiciones. Lo primero, porque reconocen los Abogados contrarios en el *num.* 149. que las capitulaciones contienen vn grauamen modal, y no condicional: y luego quieren, que el vno y el otro sean vna misma cosa. Siendo assi, que *Molin. lib. 2. cap. 14. ex nu. 10.* los distingue, y cõstituye entre ellos algunas diferencias muy essenciales: y que esta es comun resolucion de todos los Autores, despues de *Bart. in l. quibus diebus, §. Thermillius, ff. de condit. & demonstrat.* Lo segundo, no negamos, que la condicion, y el modo se distingan mas por la voluntad del fundador, que por las palabras, pero en las capitulaciones, assi las palabras, como la voluntad de los contrayentes, manifiestã, que el grauamen se puso en fuerça de modo, y en qual quiera duda se auia de entender assi, como se prouò en *nuestra informacion, num. 14. & 15.* Lo tercero, la declaracion se ha de hazer sobre palabras dudosas, que con grauamen pueden admitir vno y otro sentido, y no sobre las que son claras, y tienen su determinacion por derecho: y de otra manera no serà declaracion, sino nueua disposicion, ò correccion de la primera, *l. hæredes palam, ff. si quis post, vbi Bart. & Paul. ff. de testament. §. adeo, §. cum quis, ff. de adquirend. rer. domin. Bart. in l. qui ex liberis, §. testamento, num. 2. ff. de secund. tabul.* optimè *Giurba ad consuet. Messan. cap. 2. glos. 1. ex num. 17.* Lo quarto, el grauamen de las capitulaciones no es mas preciso, por que permite se puedan juntar otras armas y apellido, como se põgan en primer lugar las de Sandoual. Y de vna manera, ò de otra no se puede pretender mas de que son los mayorazgos incompatibles, y como sea modal el precepto, no ha de impedir la possession, antes por la misma causa es mas cierto, que no se puede imponer la pena de priuacion a la Duquesa por la contrauencion del Duque, como se notò en *nuestra informacion, num. 27.*

25 El lugar de *Paris. cons. 199. num. 255. lib. 2.* no puede traerse al

pro-

proposito deste caso, porque alli defiende desde el *num.* 250. que el grauamen se puso en fuerça de condicion, y esta es su principal respuesta. Y en el *num.* 253. dize, que en duda se ha de entẽder assi, que es proposicion contraria a las resoluciones de *Molin. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 2. *y* 3. *cap.* 14. *num.* 12. Y vltimamente en el *num.* 155. añade, que se pudo luego cumplir sin esperar a la possession, que es tambien contra *Molin. vbi supr.* Y contra todas las conclusiones vulgares de la materia, y la voluntad del fundador, pues si quiso imponer el precepto al posseedor y sucessor, no ay pretexto para que se le quite el mayorazgo a quiẽ no ha entrado en la possession, ora sea facil, ò dificil su obseruancia: demas de que la diferencia essencial entre el modo y la condicion, solo consiste en que se confiera para antes ò despues de la adquisicion: y en este caso es sumamente dificil, y perjudicial adelantarse al cumplimiẽto del grauamen, quando el Comendador mayor niega el llamamiento a la Duquesa: que son circunstancias agenas del caso de *Parisio*, y propias deste pleyto, a que nunca han aplicado sus discursos los Abogados contrarios, contentandose con fundarlos sobre dotrinas generales.

26 En los *numeros* 154. *y* 155. tratan de la inteligencia de la *l. Pater familias, ff. de hæredib. instituend.* sobre que se escriuiò largamente desde el *num.* 23. *hasta el num.* 33. *de nuestra informacion.* Y aqui solo se aduierte. Lo vno, que la *l. si ita fuerit, ff. de manumiss. testam.* tiene la respuesta que se dio, *vbi proximè ex num.* 34. Lo segundo, que el *cons.* 167. *de Angel.* procede en el administrador por la razon que señalamos, *sup. num.* 31. Lo tercero, que la *l. si seruus, §. qui margaritã, vers. Non est mirũ, ff. de leg.* 1. es muy estraña de nuestra disputa, porq en ella no se impone pena alguna al heredero por hecho ageno. Lo quarto, que la razon de la *ley Pater familias, ex neminem ex alterius facto, neque hæreditati alligari, neque ex hæredari posse*: y assi es manifiesta diuinacion y violencia la de *Cephal. cons.* 243. *nũ.* 39. que dio por razon el auerse cumplido alli en el efeto de la voluntad del difunto, antes quando es desta calidad no deue cumplirse, como lo dizen los Autores: y en nuestro caso ay circunstãcias muy particulares para platicar esta ley, como se prouò en el *num.* 30. *de nuestra informacion*, y tampoco es al proposito la autoridad de *Socin. Iun. cons.* 69. *num.* 20. *y* 38. *volum.* 3. porque solo dize, que es conjetura de agnacion auer impuesto al marido el grauamen de apellido y armas, pero no disputa, si por su inobseruãcia se puede imponer pena de priuacion a la muger.

27 Hasta aqui tratan los Abogados contrarios de la exclusion de

la

la Duqueſa,auiendo omitido muchos de los fundamentos propueſtos en nueſtra informacion para incluirla,contra doña Leonor ſu hija,ſolo ſe dize en el *nu.fin.* que nació deſpues de la vacante, pero a eſta dificultad ſe ſatisfizo en el *articul.2.de nueſtra informacion.*

Reſpueſta a la informacion de la Duqueſa del Infantado.

28 DEſde el *nu.117.*tratan los Abogados del Duque de excluyr a la Duqueſa:y en primer lugar reconocen,que por muerte de la Marqueſa ſe pudiera ſubrogar en el nombre de hija ſegunda,ſino le obſtara la incompatibilidad deſte mayorazgo cõ el de Paſtrana:grande argumento contra el Comendador mayor,que ni aun en aquel lugar quiere que pueda ſubrogarſe por auer nacido hija tercera.

29 En el *num.118.haſta el num.125.*ponderan, que en la clauſula de las capitulaciones,*verſicul.Pero declaraſe*, no ſe diſpensò con el marido el poder elegir entre ambos apellidos y armas , porque no es el poſſeedor, ni la diſpenſacion ſe ha de traer de caſo a caſo,ni de perſona a perſona,aunque aya la miſma ò mayor razon, y que quando ſe huuiera diſpenſado , aun quedauan incompatibles,la Caſa de Paſtrana,y eſte mayorazgo.

30 Todo eſte diſcurſo viene a parar en la incompatibilidad a que ſe ha reſpondido por varios medios:ſolo ſe aduierte.Lo vno,que ſeria intolerable abſurdo permitir el concurſo en vn poſſeedor, y prohibirle en la poſſeedora,y enſu marido.Siendo aſsi,que reſpeto del,es el grauamen exorbitante ò injuſto,y reſpeto del poſſeedor,es juſto y digno de obſeruar. Lo ſegundo,que ſi la diſpenſacion de vn grauamen deſta calidad,no ſe ha de eſtender , aunq aya mayor razon,menos podrà eſtenderſe el miſmo grauamen, y la pena de priuacion impueſta a la Duqueſa por la inobſeruancia del Duque , pues como ſe prouò en *nueſtra informacion deſde el num.36.*deue tomar las armas y apellido de Sandoual , quien caſare con la poſſeedora,no el que ſe hallare ya caſado con la hembra a quien deſpues ſe le defiere la ſuceſsion : tanto mas, que ay dos diferencias muy conſiderables entre eſtos caſos. La vna es, que la pena , y la priuacion ſe han de tener abſolutamente por odioſas,como ſe prouò *vbi proximè num.38.y 42.*y la diſpenſacion del *verſicul.Pero declaraſe*, es fauorable,porque tiempla aquella pena , y ſe aparta menos de las reglas comunes del derecho , y aſſi deue eſtenderſe ex traditis à *Thom.Sanch.de matrim.lib.8.diſp.1.*

num.

num.33. La otra diferencia es, que ay mucho mayor razon (como se ha dicho) para estenderla en fauor del marido, y no ay tanta razon, para que se estienda al caso de sobreuenir la sucession a su muger despues del matrimonio, como se prouò en *nuestra informacion desde el num.43.*

31 En el *nũ.126.y los siguientes*, dizen, que la escritura de mayorazgo impuso el grauamen con mas fuerça. Que el Duque no le ha cumplido, auiendosele hecho sobre ello requerimiento, y que no le ha de cumplir, pero a estas oposiciones se ha respondido en los numeros antecedentes.

32 Desde el *num.131.* pretenden responder a tres fundamentos de la Duquesa, omitiendo otros, y cerca del primero dizen, qne en el cõcepto del fundador es lo mismo, casarse la sucessora, y posseedora, ò suceder despues de casada. Que las capitulaciones comprehendieron ambos casos: y que las palabras, *sucessor*, y *posseedor*, pueden entenderse del *sucessor*, y *posseedor que huuiere de ser*, y del *marido que casare con la hembra, que aya de ser despues sucessora*, y del que *huuiere despues sucedido en otro mayorazgo incompatible con este, de que pretẽda ser posseedor*, porque vsò siempre de las palabras de futuro, *casare, viniere a suceder, sucediere.*

33 Esta explicacion no satisfaze a las razones propuestas, desde el *num.36. hasta el num.45. de nuestra informacion.* Y sin embargo se respõde. Lo vno, que aunque huuiera la misma, ò mayor razon, no se auiã de estender el grauamen, y la pena, como se aduirtiò en el *nu.30.* Lo segundo, que la escritura de fundacion no pudo comprehẽder otro nueuo caso para excluir a la Duquesa, como se prouò *desde el nu.59. de nuestra informacion*, y lo defienden los Abogados contrarios desde el *nu.74.* escriuiendo contra el Comendador mayor, y esto no seria ya conuertir el grauamen de modal en condicional, sino introduzirle donde no le auia. Lo tercero, las palabras, *sucessor y posseedor*, denotan la sucession y possession actual, vt in *nostra allegat.num.15.* Y no han de violentarse para estender a otro caso vn grauamen penal y exorbitante. Lo quarto, si el posseedor, y sucessor es el que puede suceder, y el marido que con ella casare, el que casa con la que puede ser sucessora, se seguirà, que todos los que estàn llamados a la sucession deste mayorazgo, y los que se casarẽ con las hembras llamadas, ayan de cumplir desde luego este grauamen, solo por la contingencia de suceder, que seria absurdo intolerable. Lo quinto, las palabras de futuro comunes a qualquiera disposicion, *ex l.fin.C.de legibus*, se pusieron aqui con grande aduertencia: porque dize la clausula, *se aya de nombrar, y nõbre, aya de cũplir, y cũpla*, pero esto se refiere al *posseedor, y sucessor, y al que casare con la sucessora, y posseedora*: y lo mismo se expressò muy viuamente en el *vers. Pero se declara*, y assi la contraposicion de las palabras de futuro, y las de presente comun con la inteligencia contraria.

34 Cerca de la *l.Pater familias,ff.de hæred.instituend.* Dizen, que es su disposicion muy rigurosa, que no se ha de platicar en los grauamenes condicionales, y que se fundò en que el vno de los herederos no acetò la herẽcia: y assi no se puede dezir, que dexò de obseruar la voluntad del difunto, ita ex *num.*138.*vsque ad* 148.

35 A todas las oposiciones que se hazen contra esta ley. Responde indiuidualmente *Bart.* alli, y se encaminan, no a impugnar su resolucion, sino a notarla: siendo assi, que se funda en vna razon, y equidad natural, y que en este caso ha de tener mayor fuerça, por las circunstancias particulares del. A que no obstan las euasiones contrarias: porque la primera se conuence, aduirtiendo, que lo dispuesto en las capitulaciones, no pudo alterarse por la escritura de mayorazgo; y es de marauillar, que los Abogados del Duque del Infantado, para excluir a la Duquesa, se valgan desta escritura contra las capitulaciones: porque assi excluyen al Duque, y hazen la causa del Comendador mayor, como se notò en *nuestra informacion, desde el num.*69.

Demas de que aun en la escritura de fundacion, no es condicional el grauamen, y quando lo fuera se deuia platicar en la *l.Pater familias*, como se notò en el *num.*26.*de nuestra informacion.* La segunda respuesta se opone a la misma ley, pues si bien vno de los herederos dexò de acetar alli la herencia, no se funda en esto, sino en vna razõ mas general, y comprehensiua, que la proposicion ò pregunta, ibi: *Neminen ex alterius facto, &c.* De donde sacaron los Autores muchas conclusiones, con la misma generalidad, aplicãdolas a varios casos, vt in *nostra allegatione, num.*23. sin limitarse al caso de no auerse acetado la herencia, y si en aquella especie estuuiera acetada, respondiera lo mismo el Iurisconsulto, porque era hecho del vno, aquel por dõde se pretẽdia desheredar el otro: y esto es lo que prohibe la ley, y lo que llamò *Bald.in l.*1.*num.*10.*C.de his, quæ pænæ nominè*, precepto irracional è injusto, y es regla constante, que quando la razon es mas cõprehensiua, se ha de estar a ella, ex adductis *à Tiraq.in l.si vnquam, verbo, libertis, ex num.*42.*C.de reuocand.* Y assi la interpretacion contraria carece de razon y de autoridad.

36 Al tercer fundamento de la Duquesa, responden, que el grauamẽ fue condicional, por la escritura de fundacion. Que se puede tratar deste punto en la Tenuta. Que el fundador mandò se hiziesse dentro de vn mes la eleccion. Y que el Duque de Pastrana, no ha de elegir este mayorazgo, antes ya se halla priuado de la sucession del, conforme a la regla de la *Clementina Gratiæ de rescriptis.*

37 Todos estos discursos quedan satisfechos en este papel, solo boluemos a aduertir. Lo vno, que en la escritura de fundacion no se dispensò el grauamen con el Duque del Infantado: y assi en los *numeros* 170. *y* 171. se vale de las capitulaciones que le dispensaron: y dize;

ze,que no se pudieron alterar; luego tampoco ha de dezir, que està alteradas en la forma del grauamen. Lo segundo, quando el grauamen es modal, y se impuso al sucessor, ò posseedor, no puede ser el punto de la incompatibilidad del juizio de Tenuta, pues primero se ha de calificar en el quiē sea este posseedor y sucessor, y luego se tratarà de su obligacion, ò inobseruancia: y si alguna vez se ha tratado en este juizio de la incompatibilidad, serà de la que tiene fuerça de absoluta exclusion, y no de la que se causa por el concurso delos mayorazgos, y dà lugar para posseer y elegir, como se prouò en los *numeros 18. y 49. de nuestra informacion.* Lo tercero, tampoco se deue hazer caso de la clausula que puso el termino de vn mes al cumplimiēto del grauamen, porque es dela escritura de fundacion, y quando se huuiera de estar a ella, no impide, antes presupone la possession: y aqui està controuertido el mismo llamamiēto de la Duquesa, como se ha prouado en varios lugares desta informacion. Lo quarto, aunque huuiesse de ser cierta la contrauencion del Duque de Pastrana, no se auia de adelantar la priuacion de la Duquesa, y esta parte quedara a eleccion del Duque, quando le comprehenda el grauamē. Lo quinto, la *Clementina gratiæ, de rescriptis*, es alegacion estrañissima: y assi passaron por ella muy ligeramente los Abogados contrarios, porque el concurso no se haze en el Duque, ni quando sucediò enla Casa de Pastrana, estaua casado con la Duquesa, ni tenia derecho, ò esperança a suceder en este mayorazgo, ni aora sucede: y assi no entendemos de que manera se quiere aqui introduzir la renunciacion tacita, que se introduze por disposicion de aquella *Clementina*, sobre que se pudieran hazer muy largos discursos, si la dificultad pidiera mayor examen.

8 Desde el *num.* 155. *hasta* 162. se trata de la exclusiō de doña Leonor, hija de la Duquesa de Pastrana: pero sin aduertir a que haziendo condicional el grauamen, y diziendo, que la contrauēcion se causò por medio del reconocimiento, la bastò para suceder el hallarse entonces engendrada, como se prouò en el *art. 1. de nuestra informaciō*, a que no se ofrece que añadir.

RESPVESTA A LA INFORMACION DE Don Rodrigo Gomez de Sandoual Conde de Saldaña.

9 ¶ Tampoco niegan los Abogados del Conde a la Duquesa de Pastrana el lugar y derecho de hija segunda, por muerte de la Marquesa de Tarifa, solo insisten en la incompatibilidad, cō los mismos presupuestos tantas vezes conuencidos, como consta de lo que escriuen desde el *num.* 120. *hasta el num.* 142. donde solo se ofrece aduertir. Lo vno, que la proposicion del *num.* 137. no es cierta, porque

sin

ſin embargo de ſer los mayorazgos incompatibles,por el concurſo dellos,ſi el grauamen ſe pone en ſuerça de modo, ſe podràn adquirir ambos,aunque deſpues ſe aya de elegir el vno, como ſe prouò cõ muchos fundamentos,deſde el *num.14.de nueſtra informacion*: y aſsi lo reconoce *Caſtillo lib.5.cap.180.num.24.*ibi: *Maioratus namque, ſeu primogenituræ ius, vt adquiratur, debent conditiones appoſitæ prius adimpleri, quod non eſt in modo,qui non ſuſpendit ſucceſsionem,nec vocationem,ſed poſt poſſeſsionem inuocatum translatam adimpleri debet*:y en el *nu.22.*donde le alegan los Abogados contrarios,habla de la incompatibilidad abſoluta ſin derecho de eleccion, antes con excluſion perpetua de quien poſſeyere otro mayorazgo,como conſta del diſcurſo de aquel capitulo. Lo ſegundo,aunque no ſe puedan tener dos mayorazgos incõpatibles ſe pueden adquirir para hazer eleccion de vno dellos,como ſe prueua ſingularmente en el *cap.ad hæc,de præbend.*donde la prohibicion es,*ne vnus Clericus in vna,vel diuerſis Eccleſijs,plures dignitates,vel perſonatus obtineat*,y ſin embargo ſe permite la adquiſicion,y deſpues de ella ſe elige vno de los beneficios,y ſe dexa el otro, *cap.referente, eodẽ titul.*ibi:*Vna quam voluerit relicta*,y ſe notò en el *num.14.de nueſtra informacion.* Y aqui eſta inteligencia es preciſa, pues el grauamen ſe impuſo al ſuceſſor,y poſſeedor. Lo tercero ſe aduierte, que no ſe contentan los Abogados contrarios,con que la Duqueſa pierda el mayorazgo,ſino que añaden en el *nu.14.*que le ha renunciado, porque ſu marido es Duque de Paſtrana, como ſi el ſerlo fuera eleccion de la Duqueſa,y para eſto alegã a la *Clem.gratiæ,de reſcript.* a que ſe dieron otras reſpueſtas en el *num.57.*

40 Deſde el *num.143.haſta 152.*dizen,que ſe puede tratar en la Tenuta del punto de la incompatibilidad,por ſer condicional el grauamen,y faltando como falta eſte preſupueſto, queda deſvaratado el diſcurſo,y ſin neceſsidad de nueua ſatisfacion.

41 Vltimamente quieren excluir a doña Leonor por dos medios. El vno es, que excluyda la Duqueſa por hecho ſuyo, y del Duque, no puede paſſar el mayorazgo à ſu hija. El otro es, que no era nacida al tiempo de la vacante,ita ex *nu. 153.vſque 163.*

42 Al ſegundo ſe ha reſpondido, ya el primero quedò preuenido, y reſuelto en el *num.81.de nueſtra informacion.* Y aora ſe añade. Lo vno, que quando vaca el mayorazgo por contrauencion, paſſa en los hijos como ſiguientes en grado: y aſsi ſe prueua ſingularmente en la *l.filius familias,§.cum Pater,verſ.Sed,& ſi cum duos,ff.de legat.1.*iuncta, *l.peto.§.fratre,ff.de legat.2.* Porque eſte §.dize,que en caſo de enagenar cõtra el precepto del teſtador,*proximus quiſq; admittendus eſt*,y el *§.cum pater*,declara,que el pariente mas cercano en quien han de paſſar los bienes enagenados, es el hijo:y aſsi lo reſueluen *Iſern.in cap.1.num.8. verſ.Si vero,de alienat.feud.patern. Afflict.in cap.1.§.hoc quoque,ex*

num.

num.18.de succes.feud.Grat.cons.2.nu.14. & 17.lib.3. Bursat.cons.13. nu.68. Tell.in l.27.Taur.nu.10.Mier.part.2.quæst.4.illat.8. ex nu.312. & part.4.q.19.ex nu.112. y otros Autores citados, *d.nu.81.* y lo mismo dizen quando se contrauiene al grauamen de armas, y apellido, *Ponte cons.4.nu.66.vers.Nam si incompatibilitas, vol.1.Thesaur.decis.270. nu.27.Bursat.cons.13.nu.65.lib.1.Cæphal.cons.283.in fin.lib.2.* Y esto no tiene dificultad en nuestra clausula, que ordenò passasse la sucession en el *siguiente en grado*, y en el *siguiente llamado*, como se prouò in *d. allegat.nu.82.* donde tambien aduertimos, que en los mayorazgos de España todos los decendientes tienen su propio llamamiento independiente, con que cessa la razon de los Autores alegados desde el *nu.154.de la informacion contraria.* Y assi el dezir en el *num.157.* que el llamamiento del hijo es accessorio al del padre, y en su contemplacion haze repugnãcia a los primeros principios de los mayorazgos, y se conuence en nuestra clausula, que llama, no solamente al hijo segundo, sino a sus hijos, y decendientes: y en falta del, y dellos, substituye a los demas hijos del Conde.

43 Lo segundo es mucho de reparar, que los Abogados contrarios dexan escrito en el *nu.22.* Que *quando el Duque del Infantado no pudiesse suceder en este mayorazgo, auia de deribarse en el Cõde de Saldaña su hijo mayor, porque no ha de hazer transito a otra linea, y porque el hijo es inmediato sucessor al mayorazgo que tocò a su padre, siempre que llegue el caso en que dexe el padre de tenerle,* proposiciones contrarias a aquellas, con que pretendẽ aora excluir a doña Leonor. Siendo assi, que ella se incluye por su propio llamamiento, y conforme à todas las reglas del derecho, y que no ay pretexto alguno para incluir al Conde de Saldaña: porq̃ la Duquesa està llamada en este caso, y la incompatibilidad que se le opone, resulta del accidente de hallarse casada con el Duque de Pastrana, y no de contrauencion, ò hecho suyo: y assi deue ser admitida doña Leonor. Y lo que mas es, auia de admitirse, aunque la contrauencion fuesse de su madre, como se notò en el *numero antecedente.* Pero el Duque del Infantado no puede suceder sino en falta de los demas decendientes del Conde, que ò sean los del primero, ò los de los otros matrimonios, siempre le auràn de preceder la Duquesa, ò doña Leonor: y en consequencia, tampoco podrà suceder el Conde de Saldaña, ni por su persona, porque no tiene llamamiento, ni por la de su padre, porque no es llegado el caso de suceder, ni se ha radicado el mayorazgo en su persona, ni se ha podido constituir linea para sus decendientes, como lo prueua *Castill.lib.5.cap.178.per tot.* Y assi los Abogados contrarios, quando mas tratan de excluir a la Duquesa, y a su hija, ò descubren nueuos fundamẽtos en su fauor, ò excluyen al Duque del Infantado, y al Conde de Saldaña, y siempre dã en manifiestas contradiciones.

44 ¶ Hase escrito por don Iuan vna informacion de quarenta hojas, a que responderemos sin resumir sus discursos, para que no se alargue como ella este papel.

45 Desde el principio se funda la sucession de la Marquesa, y prelacion de los hijos del primer matrimonio, en que conuenimos cõ los Abogados contrarios. Solo se aduierte, que como pretenden cõtra el Comendador mayor, incluir al Duque del Infantado, y su linea, y le hallan con el vltimo llamamiento entre los hijos del Cõde de Saldaña, se embaraçan en responder a algunas dificultades, de que estã libres la Marquesa, y la Duquesa, cuyo derecho es mas seguro, y facil en competencia de los hijos del segundo matrimonio.

46 En el *nu.*43. dizen, que por no ser nacido don Aluaro quando murio el Conde de Saldaña, se introduxo en este mayorazgo la Marquesa. Y que auiendo por su muerte nueua vacãte, es llegado el caso de suceder don Iuan, y esta proposicion quieren esforçar desde el *nu.*106. *hasta* 123. con varias consideraciones, reduzidas a que en el llamamiento del hijo segundo se comprehende el nieto segundo, y que siendo varon se ha de preferir a la hija.

47 Quien haze este discurso se oluida de que don Iuan es muerto, y que por sus mismos fundamentos passa el mayorazgo a la linea de la Duquesa de Pastrana. Para cuya inteligencia es de aduertir, que la Marquesa, y la Duquesa estàn preferidas, segun el orden de los llamamientos al Duque del Infantado, y a su hijo mayor, no solo, porq̃ cada vna en su tiempo ha tenido y tiene el lugar de hija segunda, en cuya causa se fundò el mayorazgo, sino porque el Duque fue admitido a la sucession despues de los demas hijos, y decendientes del Cõde, y su hijo primogenito, en ninguna parte se halla con llamamiento, auiẽdose fundado el mayorazgo para los hijos segũdos de aquel matrimonio, para los de la Casa del Infantado, y para los de la Casa de Lerma. Y estas proposiciones las han de confessar necessariamẽte los Abogados contrarios, pues reconocẽ, que la Marquesa se prefiriò al Duque, y no niegan, que la Duquesa tiene el mismo derecho de suceder, aunque la oponen la incompatibilidad ò contrauenciõ, que son cosas muy estrinsecas de los llamamientos. Luego quando concedamos, que sucediò don Iuan à la Marquesa, aora ha de sucederle a el la Duquesa, porque el grauamen no comprehende este caso, ni es valida la pena de priuacion, ni el punto del juizio de Tenuta, ò doña Leonor su hija, que es decendiẽte del primer matrimonio, y puede cumplir, y ha cumplido con el grauamen de armas, y apellido, y no le obstan la contrauencion, ò incompatibilidad, como se ha

pro-

prouado en el *num.* 42. y se hallaua nacida, ya al tiempo de la muerte de don Iuan; y asi no la pueden hazer la oposicion que la hazian en la vacante de la Marquesa; en suma esta comprehendida en aquella primera parte de la clausula, ibi: *El hijo segundo del, y sus hijos y decendientes legitimos*, o en la segunda, ibi: *Y a falta del, y dellos los demas hijos y decendientes legitimos del dicho señor Diego Gomez de Sandoual*. Y ò se introduzga por vno, o por otro llamamiento, siempre es cierto dezir, que es *decendiente, que puede tener este mayorazgo*, y en consequencia ha de preferirse al Duque, y a su hijo mayor, conforme a la letra dela clausula, y al intẽto de los fundadores, y al reconocimiento de los Abogados contrarios.

48 Y aunque en el *num.* 103. dizen quede don Iuã ha de passar el mayorazgo al Duque su padre, y alegan à *Mier. p.* 1. *quæst.* 6. *num.* 213. ni este Autor lo prueua, ni la clausula admite semejante transito. Lo vno, porque *Mier.* presupone, que el hijo segundo auia sucedido en el mayorazgo de secundo genitum, y resuelue, que aunque suceda en el que tenia su hermano mayor los podra tener ambos, y el Duque nunca fue hijo segundo, ni sucedio en este mayorazgo. Lo segundo, porque *Mier.* se limita con estas palabras, *& non sit alius filius vel filia, quæ sit in eodẽ grandit, & posit succedere in maioratu*, y aqui puede hazerse la diuision con la Duquesa, o su hija, y la clausula no permite q̃ suceda el Duque, auiendo otro decendiente, que pueda suceder.

49 Pero sin embargo, quando viuiera don Iuan era durissimo concepto preferirle, como nieto varon a las hijas inmediatas de aquel matrimonio: Lo primero, porque si bien se comprehẽda el nieto en el nombre de hijo, es impropiamente, y por interpretacion, *Mol. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. y esta comprehension no tiene lugar, si ay hijo en quien propiamente se puede verificar el llamamiento: *Imol in l. Gallus, §. constituens, ff. de liber. & posth.* cùm pluribus adductis, a *Surd. cons.* 403. *num.* 21. vbi optimè explicat, *Menoch. cons.* 215. *num.* 30. *Cesanate cons.* 58. *num.* 42. *Additionator ad Molin. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. *versic. Facit, Fusar. quæst.* 321. *num.* 42. donde dize, que esta opinion se ha de platicar quando *vnus tantum fuisset vocatus*: Lo segundo, quando se puso alguna demostracion restrictiua, no se incluye el nieto en el nombre de hijo, *Menoch. supra num.* 51. *Surdus d. cons.* 403. *num.* 21. *Additionator ad Molinam, d. num.* 27. *versic. Sed superior conclusio. Fusar. num.* 25. y es cõclusion de *Molin. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 22. *versic. Idque verissimum est*, y aqui ay dos demostraciones. La vna es auerse llamado el hijo segundo, *de quo DD. proximè relati*, y la otra el limitarse al matrimonio del Conde, y de la Condesa, que es el exemplo de *Fusario supra num.* 29. ibi: *Vel filius ex Vicentio, & Lucrecia eius vxore nasciturus*: Lo tercero el hijo segundo se llamò, *auiendo dos hijos deste matrimonio*, que son palabras condicionales, *Bartul. in l. si tu ex parte, ff. de condit. & demonstrat.* y asi

luc-

luego, como huuo hijo y hija del Conde y de la Condeſa le tocò a la hija eſte mayorazgo, ſinque ſe huieſſe de ſuſpender ſu dererecho, haſta que del hijo huuieſſe otros hijos varones: y eſto ſe reconocio en la capitulacion del caſamiento de la Marqueſa nombrandola por ſuceſſora, ſin embargo de que podia tener el Duque muchos hijos varones, antes que murieſſe el Conde. Lo quarto, eſte mayorazgo, no ſe inſtituyò para el hijo ſegũdo de la Caſa del Infantado, ſino para el hijo ſegundo de aquel matrimonio en conta opoſicion del mayor, que auia de ſuceder en aquella caſa, y con intento de que ambos hijos quedaſſen acomodados: y aſsi es vaniſimo concepto, querer que la diuiſion de los dos mayorazgos, ſe haga entre el Duque y ſu hijo, quando el fundador la hizo entre dos hermanos a exemplo de la *l.7.tit.7.lib.5.de la Recopil.* Lo quinto, donde eſtan llamados los hijos, y los decendientes no ſe comprehenden los nietos en el nombre particular de los hijos, ſino en el general de decendientes, vt pluribus probant, *Menoch.ſup.num.68.Surd.num. 11. & 22. Decian.reſp. 37.num.16.lib.3.Fuſar.quæſt.320.num.80.& quæſt.321.num.60.& 61.* y la razon es in euitable, porque ya ay nombre, que los comprehenda propiamente, y auiendoſe llamado el hijo ſegundo de aquel matrimonio, y ſus decendientes, y en falta del y dellos los demas hijos y decendientes del Conde, no ſe ha de introduzir don Iuan en el llamamiento primero, y eſpecial, ſino en la ſubſtituciõ comun. Lo ſexto, donde ay llamamientos diſcretiuos, tambien falta la comprehenſion de los nietos, *Fuſar.quæſt.321.num.59. Additionator ad Molin. vbi ſupra, verſic. Secundo fallit*, y el hijo ſegundo de la Caſa del Infantado, tiene ſu lugar poſterior. Lo ſeptimo, quando el fundador quiſo q̃ no ſucedieſſe la hija ſegũda, ſi no el dececendiente ſegundo vlterior, q̃ fueſſe varon, y lo expreſsò claramente en la fundacion tratando de la Caſa de Lerma, *mem.n.43.* Luego entrã losdecendientes de aquel matrimonio, y de la Caſa del Infantado, ha de ſer preferido el hijo o hija ſegũdo inmediato, y eſta inteligẽcia no la puedẽ negar los Abogados contrarios, pues confieſſan, q̃ el llamamiento de hijo ſegundo es comun a varones, y hembras. Lo octauo, auiendoſe llamado el hijo, ò hija ſegundo para que fueſſe cabeça de la ſuceſsion, no ha de empeçar del nieto, que deciende del hijo mayor excluido, ex dictis ſupra *num.* 4. ex *Caſtillo lib.5.cap.178.*

50 En el *conſ.410.de Paulo vol.1.* auia muchas circunſtancias para incluir al nieto: y vna dellas fue, que no auia hijo que le hizieſſe competencia, en nueſtro caſo, el mayorazgo ſe fundò para el hijo o hija ſegundo del primer matrimonio, y ſus decendientes, y deſpues ſe llamaron los demas decendientes del Conde: y aſsi no puede el nieto competir la ſuceſsion cõ la hija inmediata, como no puede el ſubſtituto preceder al inſtituido. Y de aqui ſe dexa entender quan voluntariamente, dizen los Abogados contrarios, que don Iuan es mas

ama-

amado que la Duquesa de Pastrana, y que como varon ha de preferir se, y que asi conuiene a la conseruació de la Casa y mayorazgo: por que estos son conceptos repugnantes a la clausula, y con que se pretende introduzir vn mayorazgo para los varones de linea mas remo ta, contra lo que escriuen los Abogados de don Iuan, en exclusió del Comendador mayor.

51 Y aunque desde el *num.* 124. hasta 127. ponderã en su fauor el llamamiento del hijo segundo del Duque del Infantado, asi en las capitulaciones, como en la fundacion del mayorazgo se conuẽcen sus conceptos. Lo vno, porque dizen en el *num.* 125. que el intento fue, preferir los hijos segundos, y otros decendientes de la Casa del Infantado, al posseedor de la misma Casa: y este mismo discurso prosiguen mas largamente en el *num.* 126. luego no han de preferirse a la Duquesa, ni a su hija. Lo segundo, porque si no admiten a don Iuan en este vltimo llamamiento, le han de admitir entre los demas decẽ dientes del Conde: y quando le concediessemos, que se incluyò en el del hijo segundo de aquel matrimonio, no pudiera concurrir con la Duquesa, por las consideraciones propuestas en el *num.* 49.

51 Desde el *num.* 129. hasta 134. ponderan la incompatiuilidad deste mayorazgo, y el de Pastrana, haziendo presupuesto, de que el graua men de armas, y apellido, es condicional, por la escritura de fundacion, y omitiendo la clausula de las capitulaciones, donde se puso en fuerça de modo: y asi el insistir en la vna escritura, y disimular la otra, es conuencimiento de todo quanto se escriue contra la Duquesa.

52 Desde el *num.* 135. *hasta* 158. tratan de la *l. pater familias, ff. de hæredib. instituend.* y aunque sus respuestas se conuencen de lo que se ha di cho en este papel, se aduierte. Lo vno, que si bien se pueden transfe rir los legados, ò herẽcias, no se puede imponer pena por hecho ageno: y asi el discurso del *num.* 37. es ocioso. Lo segũdo, aquella *ley* presupone grauamen justo, pues no siendolo, auia de ser nulo, *l.* 1. *ff. de condit. & demonstrat.* Lo tercero, no se puede imputar culpa a la Duquesa en no auer capitulado que el Duque cumpliesse con el, quando no auia sucedido, ni era inmediata sucessora: y si a todas las hembras decendientes del Conde, se les impusiesse este grauamen, les im pidiria los matrimonios, como se prouò en el *num.* 34. *de nuestra informacion.* Lo quarto, *Mieres par.* 1. *q.* 57. *num.* 41. resuelue, que siguiendo la muger al marido fuera del lugar donde tiene obligació a viuir, no pierde el mayorazgo; aunque disputando por vna y otra parte el pũ to, propone la consideracion de que se valen los Abogados contrarios, en el *num.* 139. y asi le entendio *Thom. Sanch. de matrim. lib.* 1. *q.* 40. *num.* 7. Y en aquel caso se presupone, que la muger era posseedora quando se casò, con que la razõ es muy diuersa. Lo quinto, la prin

F cipal

cipal euasion contraria es, dezir, que el grauamen contiene condicion; siendo assi, que las capitulaciones le pusieron en fuerça de modo, como lo reconocen en el *num.* 182. Lo sexto, quando se huuiera de estar a la clausula de la fundacion, tambien alli es modal el grauamen, como se prouò en el *num.* 55. *de nuestra informacion*, y en el *nu.* 10. deste papel. Lo septimo, el Duque se ha de tener por estraño en este caso, y quando mas rigurosa fuere la clausula, respeto del, tanto menos ha de perjudicar su contrauencion a la Duquesa, como lo prouamos *in dicta allegatione, ex num.* 31. Lo octauo, el reduzir la *l. pater familias*, al defecto de voluntad, es impugnar su decision derechamente, y deferir mas, a lo que imaginò *Cumano* sin fundamento alguno, que a la razon expressa del *Iurisconsulto*. Lo nono, la interpretacion que dan en el *num.* 152. es violenta, y no la hemos hallado en *Cuiatio in l. hoc articulo, ff. de hæred. instituend.* ni en la *l.* 2. *ff. de his quæ in testam. delentur*: y quando se admita, serà porque obliga a ella la razon del Iurisconsulto, scilicet, *Neminem ex alterius facto, neque hæreditati alligari, neque exhæredari posse*; que es la que tambien responde a la otra euasion de los *numeros* 157. y 158. como lo notamos en el *num.* 35. Lo decimo, aqui concurren las circunstancias propuestas en *nuestra informacion, num.* 30. que hazen mas precisa la aplicacion de la *l. pater familias*.

53 Desde el *num.* 159. *hasta el num.* 172. responden al fundamento de la Duquesa, en que dize, no comprehende el grauamen a los que se casan con hembras, que aun no son sucessoras, y posseedoras del mayorazgo; pero todas sus respuestas se conuencen facilmente: a la *l.* 1. y 2. se satisfizo en el *num.* 34. la *l.* 3. y las siguientes, se fundan en la escritura de fundacion del año de 1611. que no pudo alterar la clausula de las capitulaciones en perjuizio de los decendientes de la Condesa, y aqui es de notar. Lo vno, que los Abogados contrarios desde el *num.* 10. prueuan, que no pudieron reuocarse en todo, ni en parte, y ya quieren, que se ayan alterado en parte tan sustancial, como seria conuertir el modo en condicion, y añadir el grauamen en los casos que no estaua capitulado. Lo segundo, que no se puede arguir de vn caso a otro, dõde la materia es odiosa, la pena se impone sin culpa alguna, y tiene sumo rigor quando no sea reprouada; y el argumento se haze, de la fundacion a las capitulaciones, q̃ luego quedaron irreuocables, que son circunstancias con que ninguna disposicion puede estenderse. Lo tercero, de lo dispuesto cerca de la sucesion de la Casa de Lerma, no se ha de hazer consequencia para los decendientes de la Condesa, cuya causa es onerosa, è inuariable, en que se reconoce quan remotos son todos los discursos contrarios, y en particular el del *num.* 165. Lo quarto, el grauamen nunca se puso a las mugeres de los posseedores deste mayorazgo, sino a ellos, y assi son muy diuersos los casos, para grauar a los maridos, è imponer pena de pri-

uacion

uacion a las hembras, que sucedieren despues de casadas contra lo dispuesto en la clausula. Lo quinto, en este caso ay razones muy particulares, para no estender el grauamen, como se notò desde el *numero* 43. *de nuestra informacion*, y la diferencia que consideran los Abogados contrarios en el *numero* 169. es vanissima, pues siempre que se intentare priuar a la muger, oponiendola que su marido no cumple con la clausula se incurrira en la *l. pater familias, ff. de haeredibus instituendis*, porque el tener derecho adquirido para que la materia sea penal, no depende de que aya sucedido antes de casarse, si no de que se aya impuesto el grauamen para despues de auer sucedido. Lo sexto el argumento deduzido de la glos. in *l. tale pactum*, §. *fin. ff. de pact.* es muy falible, y no se ha de formar sobre disposicion clara, o para a hazer estension irregular de vn caso a otro, ex *Mantic. lib.* 3. *de coniecturis, tit.* 19. *ex num.* 5. *Castil. lib.* 4. *cap.* 12. *num.* 8. y lo que respõdiera preguntado en este caso el señor Cardenal Duque, fuera, que no auia sido su intencion imponer este grauamen a sus nietas tan rigurosamẽte, q̃ no pudiessen casarse con grãdes señores, como se prouò en el *n.* 72. *de nuestra informacion*. Lo septimo, aunque aya sucedido dos vezes el caso deste pleito, no se ha de tener por mas frequente, como se afirma en el *num.* 171. y la Duquesa no era sucessora inmediata quando se casò, y el lugar de *Tiraquel. de retract. linag.* §. 2. *glos.* 1. *nu.* 19. no dize que el caso mas frequente omitido, se ha de determinar por el menos frequente, si no al contrario por la regla de la *l. nam ad ea. ff. de legib.* y como quiera que se entienda, auiendo entre los dos casos diuersas razones, no se puede gouernar el vno por el otro. Vltimamente carece de toda razon dezir, que si el Duque de Pastrana no està obligado a tomar el nombre y armas de Sandoual, tampoco lo estarà la Duquesa, porque las capitulaciones se imponẽ primero, el grauamẽ a los sucessores y posseedores del mayorazgo, en que se comprehenden varones y hembras, y luego añaden, que el marido q̃ con ellas casare cumpla lo mismo: y assi aunque esta segunda parte no sea valida o no sea vniuersal, queda la primera q̃ obligada precisamente a la Duquesa, y las ponderaciones de los Abogados contrarios en el *num.* 172. se hazen sobre las clausulas de la fundacion: y assi no tienen necessidad de respuesta, demas de que alli tambiẽ se puso el grauamen discretiuamente a los posseedores, y a sus mugeres o maridos, y assi queda este fundamento de la Duquesa seguro de las impugnaciones que se han hecho contra el.

54 Desde el *num.* 173. *hasta* 187. quieren prouar, que el grauamẽ fue en las capitulaciones condicional, o que se pudo conuertir de modo en condicion, y a todas las cõsideraciones, que juntan a este proposito se responde. Lo vno, que la *l. mulier*, §. 1. *ff. de condit. instit.* y la *decis.* 251. *de Guid. Papa*, presuponen, que se impuso primero la condi-

cion,

cion, y el grauamen, y despues se dexò la herencia, como lo notò *Molin.lib.2.cap.14.num.12.* Y las capitulaciones ordenan primero los llamamientos, y despues imponen el precepto de armas, y apellido a los sucessores, y posseedores. Lo segundo, este mismo presupuesto haze la clausula de la fundacion, como se prouò en el *nu.10.* y assi no puede tratarse de la incompatibilidad, o contrauencion, hasta que la Duquesa se halle posseedora. Lo tercero, la *decision de Guid.Papa*, està reprouada en los mayorazgos por *Molin.supra, & ibi, Additionat.Molin.Theolog.de iust.& iure, tom.3.disput.615.num.2. Castill.lib.5.cap.111.num.17.Rot.1.part.diuersorum, decis.39. Lara de vita hominis, cap.13.num.27.* Y assi se platica en España. Lo quarto dezir, que el modo, y la condicion viene a ser vna misma cosa, es assumpto indigno de proponerse, y conuencido ya en el *num.24.* Lo quinto, este grauamen no se puede imponer despues de perfeto el mayorazgo, y mucho menos la pena de la priuacion, *Molin.dict.cap.14.n.49.vbi Additionator Molin.Theolog.dict.disput.615.num.8. Castill.libr.5.cap.181.ex num.13.Lara num.31.* y el lugar de *Mier.part.1.quaest.66.num.14.* se ha de entender en la promessa de mejorar, y no en el mayorazgo ya formado, como lo explicò muy biẽ *Castill.lib.5.cap.76.* Con que faltan los fundamentos por donde los Abogados contrarios en el *num.184.* quieren introduzir la condicion en lugar del modo, de mas de que ya en las capitulaciones se auia puesto el grauamen, como se acostumbra en los mayorazgos, y assi faltaua el pretexto de imponerle mas rigurosamente Lo sexto, las capitulaciones en todo, y en parte eran irreuocables, y assi lo preuino la reserua, y tiene manifiesta repugnancia, q̃ los Abogados contrarios despues de auer fundado esta proposicion para hazer lugar al Duque, y a sus hijos, digan, que solo se prohibiò la exclusion absoluta. Lo septimo, la *l.27.de Toro* dà forma al mayorazgo q̃ se ha de hazer, a qui estaua ya hecho, y puesto el grauamẽ en la forma ordinaria, y se auia adquirido derecho a los descendientes de la Condesa por la causa onerosa de su matrimonio: y de casos tan diuersos, o contrarios, no se puede arguir, *l.Papinianus exuli, ff.de minor.* Lo octauo, esta mudança de modo en condicion, tiene dos circunstancias de grande reparo. La vna es, que cae sobre grauamen, y pena tan irregulares, como son priuar a la Duquesa, por el hecho de su marido: y en terminos semejantes seria manifiesto absurdo dezir, que se pudieron alterar vnas capitulacines matrimoniales. La otra circustancia es, que con esta alteracion quieren excluir absolutamente a doña Leonor de Sandoual, pues reduziendo el grauamen a condicion, pretenden (aunque injustamente) que no puede suceder, por no auer nacido, quando murio la Marquesa, y siendo modal entrarà la Duquesa en la possession, y si el Duque no tomare las armas, y apellido de Sandoual,

doual,vacarà el mayorazgo por ſu inobſeruancia,como lo reconocen en los *num.*205.*y* 206.y ſucederà doña Leonor ſin controuerſia alguna,como ſiguiente en grado,y aſsi es muy ſuſtancial la diferencia de la condicion,y el modo. Lo nono,aun en la eſcritura del año de ſeiſcientos y onze,es modal el grauamen,como ſe prouò,*numer.* 10.pero los Abogados contrarios,ſin atender a las palabras eſpeciales con que ſe formò,ſe valen de la generalidad, con que en otra parte ſe dixo,que todas las clauſulas auian de tener fuerça de verdaderas condiciones.

55 Deſde el *num.*188.*haſta* 198. ſe dize, que eſte punto de la contrauencion es del juyzio de tenuta:pero todos los diſcurſos ſe fundan en el grauamen condicional,y ſiendo falſo eſte preſupueſto, no ſerà neceſſario inſiſtir mas en ellos,ſolo ſe aduierte, que los Abogados de don Iuan incurren en el miſmo abſurdo,que los del Comendador mayor,y es afirmar,que el Duque de Paſtrana ha contrauenido a las clauſulas,quando niegan a la Duqueſa el caſo de la ſuceſsiõ, y prefieren a don Iuan,ſegun el orden,e inteligencia, que dàn a los llamamientos.

56 Deſde el *num.*200.*haſta*.208.tratan de la excluſion de doña Leonor,ſin reparar en que el grauamen condicional ſuſpende los efetos de la *l.* 45.*de Toro*,y haze que no ſe aya de atender al tiempo de la muerte,ſino del cumplimiento, ò inobſeruancia, y quando faltara eſta introducion,que es tan ſegura, la queda la de auer nacido durante el pleito,como ſe prouò en el Articulo ſegundo de nueſtra informacion.

57 De que ſe ſigue,que en las informaciones contrarias, no ay fundamento,que pueda oponerſe al derecho de la Duqueſa,y de doña Leonor. Saluo,&c.